

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS BESLUT

Mål nr
471-11

meddelat i Stockholm den 7 juni 2011

KLAGANDE

Arqdesign Byggprodukter AB, 556435-9676

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Linnégatan 18
114 47 Stockholm

MOTPARTER

1. Järfällahus AB, 556059-1835

Ombud: Erik Lindfors och Catrin Karlstedt
Järfällahus AB
Box 197
177 24 Järfälla

2. Windoor Sverige AB, 556269-1344

Ombud: Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms beslut den 21 januari 2011 i mål nr 433-11

SAKEN

Offentlig upphandling

Dok.Id 105605

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaförvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:30

BESLUT

2

Mål nr
471-11

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och visar målet åter till Förvaltningsrätten i Stockholm för handläggning.

BAKGRUND

Järfällahus AB (Järfällahus) genomförde en upphandling av fönsterrenovering enligt ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Flera leverantörer, däribland Astral AB (Astral), Arqdesign Byggprodukter AB (Arqdesign) och Windoor Sverige AB (Windoor), lämnade anbud. Enligt tilldelningsbeslut den 16 november 2010 beslutade Järfällahus att teckna avtal med Astral. Av tilldelningsbeslutet framgick att Arqdesign och Windoor hade placerat sig på andra respektive tredje plats i utvärderingen. Arqdesign och Windoor ansökte om överprövning hos Förvaltningsrätten i Stockholm. Ansökningarna handlades som två separata mål. Förvaltningsrätten biföll i mål nr 46126-10 Windoors ansökan och förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse hade skett på så sätt att ny utvärdering genomförts utan beaktande av anbuden från Astral och Arqdesign. Förvaltningsrätten biföll i mål nr 46043-10 Arqdesigns ansökan och förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse hade skett på så sätt att en ny utvärdering genomförts utan beaktande av anbudet från Astral. Förvaltningsrätten upplyste i denna dom också om utgången i målet avseende Windoors ansökan (mål nr 46126-10) samt uttalade att om domen i det målet vann laga kraft så var det den domen Järfällahus hade att rätta sig efter.

Arqdesign överklagade förvaltningsrättens dom i målet avseende Windoors ansökan om överprövning. Kammarrätten i Stockholm avvisade i det nu överklagade avgörandet Arqdesigns överklagande med hänvisning till RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131.

BESLUT

Mål nr
471-11

YRKANDEN M.M.

Arqdesign yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med undanröjande av kammarrättens beslut, återförvisar målet till kammarrätten alternativt förvaltningsrätten för förnyad prövning. *Arqdesign* anför bl.a. följande.

Windoors och *Arqdesigns* ansökningar om överprövning har handlagts parallellt i förvaltningsrätten. *Arqdesign* har först genom domen i sitt mål fått kännedom om målet avseende Windoors ansökan. Windoors ansökan om överprövning innefattade ett yrkande om ingripande mot *Arqdesign*. Windoors ansökan angår därmed *Arqdesign* på ett sådant sätt att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat ansökningen med *Arqdesign* enligt 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, och gett *Arqdesign* tillfälle att yttra sig. Förvaltningsrätten har fattat beslut om ingripande mot *Arqdesign* med utgångspunkt från ett underlag som *Arqdesign* varken känt till eller kunnat bemöta. Det finns skäl för återförvisning till förvaltningsrätten alternativt kammarrätten för förnyad prövning i sak. Med hänsyn till instansordningsprincipen bör de omständigheter som *Arqdesign* anför i sak prövas av förvaltningsrätten som första instans.

Domen i Windoors mål angår *Arqdesign* och går *Arqdesign* emot. *Arqdesign* har därmed klagorätt enligt 33 § FPL. Järfällahus och Windoor har gjort gemensam sak genom att Järfällahus vitsordat de felaktiga uppgifter Windoor fört fram i sin ansökan om överprövning. Vilka anbudsgivare som deltar i utvärderingen har därigenom påverkats utan att berörd anbudsgivare fått tillfälle att yttra sig och tillvarata sin rätt. Detta torde strida mot de principer som bär upp LOU.

Arqdesign skulle möjligen kunna få sin rätt prövad senare genom en ansökan om överprövning av det tilldelningsbeslut som blir resultatet av Järfällahus rättade utvärdering. Utvärderingen görs dock i enlighet med en lagakraftvunnen dom som anger att *Arqdesigns* anbud inte ska utvärderas och det finns en risk att ansökan avvisas på grund av res judicata.

BESLUT

Mål nr
471-11

Omständigheterna i detta mål skiljer sig från dem i RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131. Domslutet innebär ett ingripande mot Arqdesign. I vissa avgöranden har talerätt nekats av det skälet att klaganden inte har varit part i målet inför förvaltningsrätten. Det har Arqdesign inte varit eftersom förvaltningsrätten brutit mot kommunikationsprincipen. Arqdesign har emellertid, i syfte att tillvarata sin rätt i den nu aktuella upphandlingen, varit part i ett parallellt mål och också vunnit det målet.

Järfällahus bestrider bifall till överklagandet.

Windoor yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen avslår Arqdesigns yrkanden och anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Vid kontakt med förvaltningsrätten fick Windoor upplysning om att ett parallellt mål med Arqdesign pågick. Enbart den omständigheten att Arqdesign omnämns i Windoors mål torde dock inte kunna ge Arqdesign klagorätt enligt 33 § FPL. Förvaltningsrätterna har, med tillämpning av Högsta förvaltningsdomstolens praxis, aldrig ansett vinnande anbudsgivare vara part i ett mål om offentlig upphandling. Arqdesign har inte framfört någon omständighet som visar att denna tydliga rättspraxis inte ska anses vara tillämplig i Arqdesigns fall. Det föreligger inte res judicata vid en överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut.

Om varje anbudsgivares invändning mot ett tilldelningsbeslut skulle tolkas som en talan inte bara mot upphandlande myndighet utan även mot vinnande anbudsgivare, skulle detta leda till än mer långdragna och komplicerade överprövningsprocesser. Det skulle också innebära att vinnande anbudsgivare fick två möjliga vägar att överklaga en annan anbudsgivares talan i förvaltningsrätt, dels genom överklagande av förvaltningsrättens dom, dels genom överklagande av ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med förvaltningsrättens dom.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i framställning till förvaltningsrätt får ansöka om överprövning av en offentlig upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden finns inte i LOU. Inte heller finns några sådana bestämmelser i de s.k. rättsmedelsdirektiv som 16 kap. LOU bygger på. De allmänna bestämmelserna i FPL blir därmed tillämpliga.

En ansökningshandling, varigenom mål anhängiggörs, ska enligt 10 § FPL tillställas motpart eller annan mot vilken åtgärd ifrågasätts. Från denna huvudregel undantas bl.a. sådana fall där det inte finns anledning anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis. Enligt 33 § andra stycket FPL får ett beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom emot.

I RÅ 2002 ref. 5 fann Högsta förvaltningsdomstolen att den som enligt den upphandlande enhetens beslut antagits som leverantör inte intog partsställning i länsrätten när en annan leverantör yrkade överprövning och begärde att få vara med i utvärderingen. Den vinnande leverantören hade inte heller rätt att på annan grund överklaga länsrättens dom av innebörd att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att ytterligare en leverantörs anbud skulle vara med i utvärderingen. Av detta rättsfall kan inte några säkra slutsatser dras vad gäller partsställning och talerätt för den som i en ansökan om överprövning begärs utesluten från en utvärdering. I ett senare notisfall, RÅ 2007 not. 131, har emellertid en vinnande leverantör inte heller ansetts ha rätt att föra talan mot en dom som innebär att en annan leverantör ska tilldelas uppdraget.

BESLUT

Mål nr
471-11

Handläggningen hos förvaltningsrätten

Windoors yrkade i sin ansökan om överprövning att Järfällahus skulle åläggas att rätta upphandlingen eftersom Järfällahus i strid med LOU godkänt bl.a.

Arqdesigns anbud som, enligt Windoors, inte uppfyllde de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget. Ansökan innehöll också påståenden om materiella brister i Arqdesigns anbud.

Arqdesign yrkade i sin ansökan om överprövning att Järfällahus skulle åläggas att rätta upphandlingen eftersom Järfällahus i strid med LOU godkänt Astrals anbud som, enligt Arqdesign, inte uppfyllde de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget.

Varje beslut om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse i något avseende har skett kan påverka potentiella leverantörer positivt eller negativt. Att en leverantör inte intar partsställning när ytterligare en leverantör efter överprövning tillåts delta i upphandlingen framgår av det tidigare nämnda rättsfallet RÅ 2002 ref. 5. Förutsättningarna blir emellertid andra om en leverantör i en ansökan om överprövning yrkar att rättelse ska ske på så sätt att en annan leverantör ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande. När, som i förevarande mål, förvaltningsrätten övervägde att lägga de uppgivna bristerna i Arqdesigns anbud till grund för att förordna att anbudet inte fick beaktas vid en ny utvärdering, borde domstolen enligt 10 § FPL ha berett Arqdesign tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningen.

Förvaltningsrätten har handlagt Windoors och Arqdesigns ansökningar i separata mål och samma dag meddelat två olika domar avseende samma upphandling. Båda domarna innebar att upphandlingen inte fick avslutas innan viss rättelse skett. Något hinder mot gemensam handläggning fanns inte. Förvaltningsrätten borde därför ha handlagt de båda ansökningarna gemensamt och meddelat en gemensam dom.

BESLUT

7

Mål nr
471-11

Frågan om Arqdesigns klagorätt

Förvaltningsrättens dom innebär att Arqdesign uteslutits från att delta i den aktuella upphandlingen. Situationen är alltså en annan än den i rättsfallet RÅ 2002 ref. 5 men snarlik den i RÅ 2007 not. 131.

Förvaltningsrättens dom om rättelse går Arqdesign emot och har en sådan betydelse för Arqdesigns ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL. Högsta förvaltningsdomstolen finner därför – med avvikelse från den rättstillämpning som kommit till uttryck i RÅ 2007 not. 131 – att Arqdesign haft rätt att överklaga förvaltningsrättens dom.

Slutsats

Kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden ska mot bakgrund av vad som anförts om handläggningen i första instans och Arqdesigns klagorätt upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten.

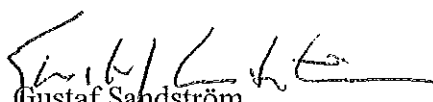
Högsta förvaltningsdomstolen erinrar om att enligt 16 kap. 10 § tredje stycket LOU får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från dagen för detta beslut.



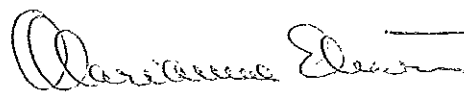
Mats Melin




Susanne Billum



Gustaf Sandström



Marianne Eliason



Karin Almgren

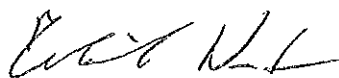


Nils Dexe

BESLUT

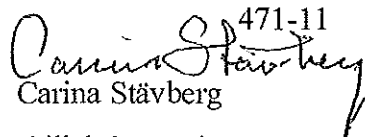
Mål nr

471-11



Eskil Nord

skiljaktig mening



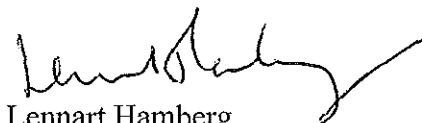
Carina Stävberg

skiljaktig mening



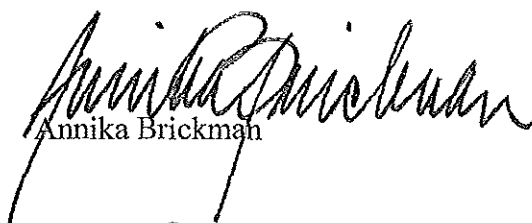
Peter Kindlund

skiljaktig mening



Lennart Hamberg

skiljaktig mening

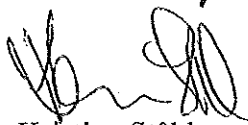


Annika Brickman



Henrik Jermsten

skiljaktig mening



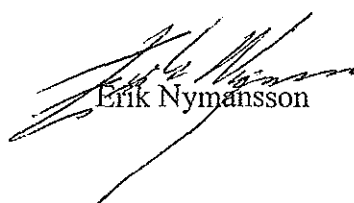
Kristina Ståhl



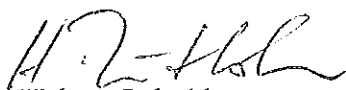
Olle Stenman



Anita Saldén Enérus



Erik Nymansson



Helena Jäderblom

skiljaktig mening



Charlotta Berglund

Föredragande justitiesekreterare

SKILJAKTIGA MENINGAR

Justitieråden Carina Stävberg, Peter Kindlund, Lennart Hamberg, Henrik Jermsten och Helena Jäderblom är av skiljaktig mening och upphäver det överklagade beslutet och visar målet åter till Kammarrätten i Stockholm för handläggning. De anser att skälen för Högsta förvaltningsdomstolens avgörande ska ha följande

BESLUT

Mål nr
471-11

lydelse från och med tredje stycket under rubriken Handläggningen hos förvaltningsrätten.

Varje beslut om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse i något avseende har skett kan påverka potentiella leverantörer positivt eller negativt. Att en leverantör inte intar partsställning när ytterligare en leverantör efter överprövning tillåts delta i upphandlingen framgår av det tidigare nämnda rättsfallet RÅ 2002 ref. 5. Enbart det förhållandet att en leverantör i en ansökan om överprövning yrkar att rättelse ska ske på så vis att en annan leverantör ska uteslutas utgör inte skäl för motsatt slutsats. Det har således inte funnits anledning för förvaltningsrätten att behandla Arqdesign som Windoors motpart.

Förvaltningsrätten har handlagt Windoors och Arqdesigns ansökningar om överprövning i separata mål och samma dag meddelat två olika domar avseende samma upphandling. Båda domarna innebar att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse skett på visst sätt. Något hinder mot gemensam handläggning fanns inte. Genom att inte handlägga de två ansökningarna gemensamt och meddela en gemensam dom kom förvaltningsrätten att två gånger pröva huruvida den aktuella upphandlingen skulle göras om eller rättas. Förvaltningsrätten borde således ha handlagt de båda ansökningarna gemensamt och meddelat en gemensam dom. Enbart domen i det mål där Windoor var sökande har överklagats. Det går därför inte att nu åstadkomma en gemensam handläggning.

Frågan om Arqdesign har klagorätt

Nästa fråga i målet blir om Arqdesign, som inte varit part i förvaltningsrättens mål avseende Windoors ansökan om överprövning, har rätt att överklaga domen.

I en ansökan om överprövning av en upphandling är det myndighetens beslut som angrips och det är myndighetens upphandling som påstås brista i ett eller flera hänseenden. De åtgärder som en domstol kan vidta avseende en klandrad

BESLUT

Mål nr
471-11

upphandling är att förordna om rättelse eller om att upphandlingen ska göras om. Det är domstolen som har att avgöra vilken åtgärd som är den mest ändamålsenliga i varje enskilt fall (RÅ 2005 ref. 47).

I den upphandling som målet i förvaltningsrätten gäller har ett tilldelningsbeslut fattats av innebörd att ett anbud har antagits. Detta beslut har angripits genom en ansökan om överprövning av en av de anbudsgivare som inte tilldelades kontraktet. Förvaltningsrättens dom innebär ett ställningstagande till ansökningsenheten på ett sådant sätt att ytterligare en anbudsgivare, Arqdesign – som inte ansökt om åtgärd i det aktuella målet – kommit att bedömas i målet. Det är alltså fråga om en annan situation än de som förelåg i rättsfallen RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131.

Vad närmare gäller rättens beslut om rättelse konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att detta utformats så att Arqdesigns status som anbudsgivare i upphandlingen påverkats med avgörande verkan, eftersom domstolen ansett Arqdesigns anbud ha sådana brister att den upphandlande myndigheten åläggs att bortse från anbudet. Den upphandlande myndigheten har alltså inte givits möjlighet att självständigt och med utgångspunkt i LOU avgöra på vilket sätt de av rätten konstaterade bristerna kan åtgärdas innan den får fortsätta upphandlingen. Till detta kommer att domstolen har haft som utgångspunkt vad sökanden anfört utan att Arqdesign haft möjlighet att bemöta vad som påståtts.

Mot den angivna bakgrunden finner Högsta förvaltningsdomstolen att förvaltningsrättens beslut om rättelse i förevarande fall har en sådan betydelse för Arqdesigns ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att avgörandet angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL. Kammarrättens avvisningsbeslut ska därför upphävas och målet återförvisas till kammarrätten.

Justitierådet Eskil Nord är av skiljaktig mening och avslår överklagandet. Han anser att tredje stycket under rubriken Skälen för avgörandet ska utgå, att skälen i

Mål nr
471-11

fråga om handläggningen i förvaltningsrätten ska utformas enligt den övriga minoritetens uppfattning samt att avgörandet i fråga om Arqdesigns talerätt ska ha följande lydelse.

Allmänt om regleringen i LOU

En myndighets upphandling anses enligt vedertagen uppfattning inte som myndighetsutövning. Den ses i stället som en del av myndighetens kommersiella verksamhet där den upphandlande myndigheten uppträder som ekonomisk aktör. Men några bestämmelser i förvaltningslagen (1986:223) anses tillämpliga på verksamheten oavsett om det är fråga om myndighetsutövning eller inte (prop. 1973:73 s. 49 och prop. 2006/07:128 s. 142-143).

Upphandlingslagarna bygger på direktiv som innehåller regler om upphandlingsförfaranden, om rättsmedel och innehåller också regler om tillsyn.

Såvitt nu är av intresse kan den särskilda upphandlingsprocess som har sin grund i LOU och utvecklats i praxis beskrivas enligt följande. Med stöd av 16 kap. 1 § LOU kan envar leverantör som anser sig skadas eller riskera att skadas av en påstådd brist under ett upphandlingsförfarande ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §. Det följer av detta att partsställningen i ett mål om överprövning av en offentlig upphandling är en leverantör å ena sidan, som sökande, och den upphandlande myndigheten å den andra, som sökandens motpart. Det är myndighetens beslut som angrips och det är myndighetens upphandling som påstås brista i ett eller flera hänseenden. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer varje leverantör som har intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av den påstådda överträdelsen, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (EU-domstolen i målet C-26/03, Stadt Halle m.fl., punkt 41). Om leverantören kan visa att skaderekvisitet är uppfyllt och domstolen övertygas av utredningen i målet (16 kap. 5 § och RÅ 2009 ref. 69) om att de påstådda upphandlingsbristerna föreligger har domstolen att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den

Mål nr
471-11

ska rättas. Valet mellan de två åtgärderna gör domstolen, oberoende av hur yrkandena utformats, med utgångspunkt i vad som är det ändamålsenliga i varje enskilt fall (RÅ 2005 ref. 47). Det följer vidare av ordalydelsen av 16 kap. 5 § att det inte ankommer på domstolen att förordna om utfallet av en rättelse, utan endast om att rättelse "har gjorts" innan upphandlingen får avslutas. Ett beslut om omgörning eller rättelse medför inte någon skyldighet för myndigheten att göra om eller rätta, men innefattar ett förbud mot att upphandlingen fortsätter i befintligt skick (RÅ 2005 ref. 17). Myndigheten har vidare alltid möjlighet att avbryta upphandlingen, såväl under en process i domstol som före och efter en sådan. Ett beslut om avbrytande är i sig överprövningsbart av envar leverantör med stöd av 16 kap. 1 § (RÅ 2005 ref. 62 och där angivna rättsfall samt RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Överprövning i domstol kan utföras även i den situationen att bristen bestått av att upphandlingsskyldigheten inte iakttagits (RÅ 2005 ref. 10).

Särskilt om praxis i fråga om talerätt

Frågan om talerätt i upphandlingsmål har varit föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i två tidigare mål. Gemensamt för de målen är att det var myndighetens tilldelningsbeslut som klandrades (ang. detta begrepp, se 9 kap. 9 § LOU).

I RÅ 2002 ref. 5 hade domstolen förordnat om rättelse av upphandlingen på så sätt att ett anbud som inte utvärderats skulle kompletteras med underskrift och därefter utvärderas. Om myndigheten skulle välja att utföra denna rättelse hade den att fatta ett nytt tilldelningsbeslut. Den leverantör som antagits genom det ursprungliga beslutet ansågs inte ha rätt att överklaga länsrättens dom. I RÅ 2007 not. 131 hade domstolen gått ett steg längre än i 2002 års mål och förordnat att ett visst uppdrag skulle tilldelas en annan anbudsgivare än den som utsetts i tilldelningsbeslutet. Av notisen framgår att myndigheten avsåg att fatta ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med domen. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade till 2002 års rättsfall och fann inte skäl att i målet göra någon annan bedömning.

Mål nr
471-11

Omständigheterna i förevarande mål

I förevarande mål har sökanden påstått vissa brister i konkurrerande anbudsgivares anbud, varefter förvaltningsrätten gått in i en sådan prövning. Domstolens beslut om rättelse har kommit att utformas så att den upphandlande myndigheten åläggs att inte beakta anbudet vid en ny utvärdering.

Högsta förvaltningsdomstolen gör följande bedömning

Med den utgångspunkt som angetts i det föregående kan det alltså konstateras att den anbudsgivare som på grund av domstols dom utsätts för en ny utvärdering (2002 års fall) eller för ett nytt tilldelningsbeslut av negativ innebörd (2007 års fall) inte har talerätt mot domstolens dom, men är bibehållen sin talerätt mot de beslut som följer av domstolens dom. Detta gäller också för bolaget i förevarande mål.

Förvaltningsrättens avgörande har kommit att utformas så att det i själva verket är domstolen som har uteslutit en anbudsgivare. Domstolens beslut har alltså fått en materiell innebörd. Om myndigheten nämligen inte väljer att avbryta eller göra om upphandlingen innebär beslutet att den upphandlande myndigheten frångästs sin möjlighet att inom LOU:s förfaranderegler själv åtgärda bristerna och därefter, dvs. efter det att rättelsen "har gjorts", göra en ny utvärdering. Detta hade skett också i 2007 års fall.

Det är i detta sammanhang av betydelse att domstolens förordnande om rättelse eller om viss rättelse inte är bindande för den upphandlande myndigheten på annat sätt än som angetts ovan. Det bör här antecknas att nuvarande praxis om talerätt är inskränkt till situationen att domstolsprövning har gjorts och att myndigheten måste fatta ett nytt beslut om upphandlingen innan denna får fortsätta, eller avbrytas, samt att detta nya beslut är överprövningsbart av envar som anser sig berörd i den mening som anges i 16 kap. 1 § LOU.

Slutsatsen av det nu sagda är alltså att alla leverantörer som påverkas av en rättelse av det slag som är i fråga i detta mål är bibehållna sin rätt enligt

BESLUT

14

Mål nr
471-11

rättsmedelsdirektiven och LOU till domstolsprövning, när det står klart vilken rättslig verkan domstolens beslut får genom ett nytt materiellt beslut från den upphandlande myndigheten. Den ordning som 2002 års praxis innebär medför alltså inte att någon enskild leverantör eller annan fråntas rätten att få en upphandlande myndighets beslut prövat av en domstol. Praxis innebär vidare att möjligheten till rättslig prövning står till förfogande för den enskilde leverantören omedelbart när det går att konstatera vilken effekt domstolens dom de facto har haft i det enskilda fallet och är, såvitt är av intresse i detta mål, förenlig med rättsmedelsdirektivens krav på rätten till överprövning (jfr EU-domstolen i målet Stadt Halle p. 41 avseende tidpunkten för när beslut ska kunna överprövas).

Fråga uppkommer då om det finns skäl att nu avvika från den praxis som beskrivits i det föregående och som alltså varit gällande sedan år 2002. Stor försiktighet bör råda när det gäller att ändra ett rättsläge som varit bestående under en längre tid (se RÅ 2004 ref. 1).

De regler i LOU och FPL som utgör utgångspunkten för hur Högsta förvaltningsdomstolen hittills har anpassat förvaltningsprocessen till upphandlingsrätten och upphandlingsmålens särart är i sak desamma som de var år 2002 och 2007.

Mot denna bakgrund och då det varken i målet eller i övrigt framkommit bärande skäl att avvika från praxis ska Arqdesigns överklagande avslås.

Plenum

Föredraget 2011-03-23